

推定の根據と機能

——モルガン教授の所説を學びて——

楠 本 英 隆

- 一 はしがき
- 二 推定創設の根據
- 三 推定の機能
- 四 むすび

一 は し が き

(一) わたくしは、かつて本誌の第三十一卷三・四冊合併號(昭和三十一年三月)において、『モルガンにおける推定の法理』と題して、モルガン教授の推定法理論の簡単な紹介を試みたことがあつた。その時、推定法理論の領域もきわめて廣いため、そのすべてについて紹介しえないから、いずれ機會を得て、他の部分についても學んでゆきたいとの希望を述べておいたのであるが、ここに、再び教授の推定法理論の紹介をすることを嬉しく思うと同時に、一年餘りを経過したにも拘らず、研究の遅々として進まざるを心苦しく感じている。

推定の根據と機能

(二) わたくしは、以下において、教授の理論を學びつゝ、簡単な紹介を試みるのであるが、その態度は、前回のときとほぼ同様である。すなわち、この理論に對しても、すでに多くの批判が行われているので、それらの批判と比較考察するのが正しい態度ではあるが、それには資料の整備と、十分なる研究を必要とするため、いたずらに大を望んで、かえつて理解を損うよりも、できるだけ忠實にその理論を紹介することに努めたい。なお、モルガン教授の推定法理論は、前回と今回の二回において、そのすべてを紹介しているわけではない。將來においても、機を得て他の部分の紹介を行う積りであることをつけ加えておきたい。

なおまた、教授の推定法に關する資料は、その後二・三のものを入手しているが、それでも、知りつゝ未だ見る機會に恵まれていないものも幾つかある。したがつて、以下に述べることも時に當を失することがないとはいきれない。これもまた將來補正してゆきたいと考えている。

二 推定創設の根據

(一) 裁判所および立法部は、推定を生みだし、またその存續を容認してきている。その理由は、何に求めらるべきであろうか。すべての推定につき、その根據を一つのものに求めることは困難である。すなわち、推定は、その種類を異にするにすぎない、その根據も亦異なるといわなければならない。^(一)この點につき、モルガン教授は、數多くの著書・論文において、學說、判例を分析し、その優れた見解を示している。^(二)以下において、その大要を述べよう。

(二) モルガン教授は、およそ次のように考察を進める。^(三)

(1) 訴訟手續上の便宜性ということにのみ、その存在の根據を求めているものがある。(四)

例えば、共通の災害に遭遇し、死亡した者についての死亡順位の推定 (presumptions of survivorship) の(五)ときは、きわめて複雑な問題を解決せんがための満足すべき手段と考えられ、それに、根據を求めているものである。また、ある裁判管轄権内においては、おなじ根據に基いて、七年間の説明なき不在が、その期間の最終日の満了によつて、不在者の死亡を推定するということが行われている。そして、その期間の最初の日、もしくは他のいずれかの日より、むしろ最後の日を選ぶためには、論理上の根據も、また人の經驗上の根據も存在しない。訴訟當事者は、いずれも、その死亡の日時という事實を知るための手段をもたない。さらに、一方に對し、他方よりも有利ならしめる社會政策上の考慮も存在しない。それにも拘らず、ある一定の日が確定されなければならない。さもなければ、裁判上解決しがたき争いが生ずる可能性がある。(六)

イギリスに、次のような趣旨の事件がある。(七)

一人の女子遺言者 (testatrix) が、一八九〇年に死亡した。彼女は、エドワード・パティンソンに對し、また、ジョン・ジョセフ・ホールが、エドワード・パティンソンの死亡時において生存していたならば、一員であつたクラスに對し、さらに、ジョン・ジョセフ・ホールが、エドワード・パティンソンの死亡時において生存していなかつたならば、ホールの子に對し、終身支拂わるべき收入の一部を信託として残していた。そして、エドワード・パティンソンは、一八九六年に死亡し、ジョン・ジョセフ・ホールは、一八九五年に行方不明となつた。一九〇三年に、受託者は、一八九六年から一九〇二年に至る間のエドワード・ホールの分與產 (portion) から生じた收入を分配する方法を

知ろうとした。

この事件に對し、裁判所は、説明なき不在からは、ジョン・ジョセフ・ホールの死亡の日に時に關する推定は生ずるものではない、というイギリス判例法上の法則を容認している。そして、ケキウィッチ判事は、およそ次のごとくいう。

『(それを彼女は爲しえない。それ故に、彼女の請求は失敗に終る。それで、誰が權利を與えられるか、という問題が生ずる)。ジョン・ジョセフ・ホールの子供達は、自分達は、死んだ者の直系卑屬であるから、權利が與えられるのだという。いま、論理的に嚴格に言えば、子供達は、一八九六年に死亡した者の子供であることを立證すべき責任を負うと考えるべきであらう。それを、子供達は立證できなかった。しかしながら、遺言が存在しなかつたと考えることができないのは、明らかなことである。……このような事情の下において、この特殊なる遺言については、次のように判示しなければならないと思う。すなわち、たとえ死亡についての證據が存在しないとしても、ジョン・ジョセフ・ホールは、エドワード・パティンソンの死亡の時に於ては死亡せるものと考えられなければならない。何んとなれば、生存の證明がないから』と。

右の判例から明らかなように、裁判官は、その請求を反對の順序において考察し、正反對の結果に到達した。實際に、裁判官は、死亡なる事實は、説明なき不在の第一目に發生したとの推定を行い、自らその判決の非論理性を認めた。しかしながら、彼は、その判決を『解決しえざる難關を處理する最良の方法』であると主張した。^(八)

右に述べてきたことから、モルガン教授は、次のようにいう。^(九)

『このような性質の事件においては、推定は、たとえそれが、證據提出の義務を定めるにすぎないとしても、そのあらゆる目的に適うことになる。しかしながら、それは、事實審判者が信ずる證據でなければならぬ。さもなければ、事實審判者は、窮地に取り残されることになるであろう。そして、推定は、彼を、その窮地から救いだすために創られたものである』と。そして、さらに、機械的な裁判活動を規制するよりも、むしろ窮極的な解決をもたらす工夫こそ望まれるものであると主張する。

(2) 證據提出にあたつての相對的便宜性ということに、その存在の根據を求めているものがある。(一〇)

例えば、數人の運送人が、順に引繼ぐことによつて物品を輸送する場合、最初の運送人に對し完全な狀態において引渡された物品が、最終の運送人から受寄者 (consignee) に破損した狀態で引渡された場合には、損害は、最終の運送人によつて生ぜしめられたと推定するのが、コンモン・ロー上の法則である。このような場合においては、推定を生ぜしめるための訴訟上の便宜性ということも、また蓋然性の優勢ということも、あるいはまた、一般的な證據の得難さ (inaccessibility of evidence) ということもない。ただし、最終の運送人のみが、特に、その損害發生という事實に近づく手段をもつにすぎない。いいかえれば、荷主も、受寄者も、寄託の瞬間から、引渡を受ける瞬間に至るまで、その品物を監視する機會をもたない。しかるに、運送人は、それぞれ、品物の狀態を檢べる機會と、また直前の運送人から引繼いだときの、その品物の狀態とを記錄する機會とをもつてゐる。このような順次引繼ぐことによる物品輸送にたずさわる者の間の關係は、誠實 (to be cordial) ということによつて結ばれていなければならぬ。したがつて、一人の運送人のもつ證據は、他の運送人の自由なる利用に供されなければならない。このような事

情からすれば、運送人に證據提出の義務を負わしめるのは、けだし當然というべきであろう。(一二)

このような種類の推定は、その背後において、提出された證據は、事實審判者によつて信用されなければならないことを要請されている。事實上關聯性をもつ證據に對する規制、あるいはそれについての特殊なる智識は、事實審判者が、信用する價值なきものとする事實を提出することにより浪費される煩しい結果を伴うべきではない。かかる規制と智識が、推定を覆えすためにみなされる信用し難き證言を許すために、虚構の事實のつくり上げに對し機會を與えることにもなる。また、それ以外のことを考えることは、推定に對し、證據提出の順序の規制以外には、ほとんどなんの効果も與えないことになるであらう。さらに、推定創設の眞の目的をさえも、大部分失わしめることになるであらう。推定が、一層行われ、また説得の義務を負わしめるべきかどうかは、他の要素の存在または不存在にかかつているのである。確かに、推定は、證據提出の義務に影響をおよぼし、またその提出の義務と説得の義務との間には相違がある。しかしながら、推定が、説得の義務に影響を與えることができず、あるいは與えるべきではないということは、守られてはいない。説得の義務は、通常、公判前に確定し、且つ公判中は轉換しないということは、承認されるかも知れない。しかし、このことは、説得の義務が、公判中には、決して轉換すべきではないということを認めてはいないのである。訴答によつて明らかにされる考慮は、説得の義務が、當事者の一方に課せられることを要請するかも知れない。すなわち、證據による附加的開陳は説得の義務が轉換することを一層強く要請することともなる。推定は、大部分、裁判上の好ましき目的に役立たしめるための裁判上の拵え事である。そして、説得の義務に對する効果を妨げるような制限はないのである。推定創設の眞の理由は、説得の義務の一致せる設定を求めているの

かも知れない。推定創設の理由の中、一般に承認されているものは、説得の義務の分配を決定する考慮と、ほとんど一致するのである。

(3) 蓋然性の均衡 (balance of probability) ということに、その存在の根拠を求めているものがある。(一四)

例えば、死人が発見されたときは、特別の事情がない限り、自殺ではないと推定される。このような推定が行われるのは、死亡が何によつて生じたかを明らかにすべき證據を手に入れることが、必ずしも容易ではないという考え方に基くものではない。また、裁判所が、死人の發見によつて、その死亡の原因を自殺に求めることが、社會的に望ましくないと考えているからでもないのである。

モルガン教授は、右の點について、次の二つの觀點から考察している。

まず第一に、推定された事實は、通常、基礎的事實に隨伴するものであるから、普通の場合には、證言を得ようとすることは、時間の浪費となる、という。(一五)そして、このような考え方が、支配する限りにおいては、推定の効果は、

立證の順序を規制する以上に及ぶべきではない。推定は、それを覆えすに足る證據が陪審に對する説示を妨げること
を認められる場合には、直ちに消滅しなければならない。このような證據が、陪審員もしくはその他の事實審判者に
よつて信ぜられるか、どうかは、さして重要なことではない。けだし、推定の目的は尋問することなく、問題を處理
することによつて時間の浪費をさけることにあるからである。基礎的事實は、その本質的な價値の主張に存し、たと
え、陪審員が、反對の證據を信じないとしても、その價値は、決して減せられるものではない。またもし、陪審員

が、推定に反する證據を強く信ずるならば、彼等は、その證據を基礎的事實と對比考察することになるだろう。これ

らの基礎的事實に、特別の價值を與うべき理由はない。^(一七)

次に、推定により不利な立場にたつ當事者は、異例なものの存在に期待をかける。そして、このことは、當事者をして、その異例のことを可能性なきことではなく、むしろより以上可能性あることと思わしめようとする。すなわち、證據の優勢を生ぜしめようとするのである。說得の義務の分配と關聯ある他の要素が存在しない場合には、審判者は、自己の精神が平衡狀態にあるときは、何故に異例なことよりもむしろ通常のことと對し、有利な事實の認定をすることを要求されてはならないのか。ある法域においては、蓋然性の均衡にのみ、その根據をもつものと思われる自殺に關する推定^(一八)(presumption against suicide)は、それが不利に作用する當事者に說得の義務を負わしめている。この說得の義務が、普通ならば他の當事者にある場合においても、この推定があるときは、例外的に扱われている。^(一九)

(4) 社會的希求性 (social desirability)^(二〇) ということに、その存在の根據を求めているものがある。

例えば、時の経過により、すべてのものは、正當になされたものと推定されるという法諺によつて示される適法なる權源の推定、喪失讓與證書の推定などが、この場合にあたるのである。^(二一)

この場合について、モルガン教授は、およそ次のようにいう。^(二二)

裁判所が、特殊なる結果を社會的に望ましいものと信じ、且つその目的に對する手段として推定という仕組みを用いる場合には、推定は證據提出の義務ばかりでなく、審判者を說得する義務を負わせる効果をも與えらるべきである。と。また、この種の推定は、社會的に望ましいという裁判上の確信が、その存在の根據となつている。^(二三)

(5) 既述の根據の中の二つもしくはそれ以上のものに、その存在の根據を求めているものがある。^(二四)

例えば、婚姻中に生まれた子の嫡出性に關する推定などは、その最も顯著なものである。この推定は、次の考慮によつて支えられている。すなわち、(イ)強い蓋然性の優勢ということ、(ロ)生れたる子の父性についての法律上十分にして且つ信服せしめうる證據を提出することが、ほとんど不可能であり、また驚くほど困難であるということ、(ハ)社會政策上の強き考慮、がそれである。^(二四)したがつて、この嫡出性についての推定にあつては、單に嫡出ならずとする證據が提出されたという理由だけでは、非嫡出の認定を行うべきではない。非嫡出性を認定せしめるためには、それが、嫡出性よりも、より一層蓋然性が高いことを、事實審判者をして確信せしめなければならぬ。^(二五)

また、別の例としては、鐵道の破壊または脱線によつて、乗客が怪我をした場合には、鐵道會社に過失があつたとする推定がある。この場合の推定は、證據の提出が比較的便宜だということ、および蓋然性の均衡ということを、その根據としてゐる。^(二六)それと同時に、實體法上課せられた高度の注意義務の勵行を容易ならしめようとする司法政策に、その強き支柱をもつものとしなければならぬ。^(二七)したがつて、この推定が、證據提出の義務はもちろんのこと、説得の義務をも、被告に課してゐるのは、當然のことであらう。^(二八)

(1) Morgan, Presumptions, 12 Washington Law Review and State Bar Journal 257~259.

なお、この點について簡單に取扱つたものとしては、拙稿・モルガンにおける推定の法理、早稲田法學第三一卷三・四冊合併號(昭和三十一年)三二九頁參照。

(11) Morgan Some Observations Concerning Presumptions, Harvard Law Review, XLIV, p.906, 924~930 (1931); The Same, Presumptions, Washington Law Review, XI, p.255, 257~259 (1937); The Same, Techniques in the Use of Presumptions, Iowa Law Review, XXIV, p.416 et seq (1939); The Same, Further Observations on Presumptions,

Southern California Law Review, XVI, p.250~253 (1943); The Same, Basic Problems of Evidence, p.31~33 (1954).
Morgan and Maguire, Cases and Materials on Evidence, 3rd Ed. (1951), p.76 et seq.

なお、このモルガン教授の分析については、Reaugh 教授の講義のあることは忘れえなく。引用してみよう。

“Professor Moagan has given us the most complete analysis of the various considerations that have supported the recognition or creation of presumptions.” (36 Illinois Law Review 843)

(iii) Morgan, Some Observations Concerning Presumptions, Harvard Law Review, XLIV, p.924 et seq. のなか、前掲の著書「論文参照」なお、本稿の場合とは違った角度からまとめたものについて、拙稿、前掲がある。

(iv) Morgan, op. cit. p.924, The Same, Instructing the Jury upon Presumptions and Burden of Proof, 47 Harvard Law Review 78, The Same, Presumptions, Washington Law Review, XII, p.258, etc.

(v) これを「残存の推定と譯す者もある(峯岸治三「イギリス證據法研究」一三四頁以上)。

(六) Morgan, Some Observations Concerning Presumptions, p.925, etc.

(七) In re Aldersey, (1905) 2 Ch. 181, 187~88.

(八) Morgan, Some Observations Concerning Presumptions, p.926.

(九) Morgan, op. cit. p.926.

(一〇) Morgan, op. cit. p.926.

なお、相対的便宜性という語については、拙稿「モルガンにおける推定の法理」早稲田法學、第三一巻三・四冊合併號(昭和三十一年)三三四頁註一〇参照。

(一一) Morgan, Presumptions, Washington Law Review, XII, p.258.

なお、この點については「拙稿」前掲、三三三頁参照。

(一二) Morgan, Some Observations Concerning Presumptions, p. 926~927.

(113) 普通には、證據の優勢 (preponderance of evidence) あるいは蓋然性の優勢 (preponderance of probability) による表現が用いられる。モルガン教授は、こゝで用いた “balance” なる語の代りに “preponderance” の語をも用いた例を、前掲の “Basic Problems” なる著書や “Presumptions” なる論文などはそれぞれである。なお、本稿の “balance” なる語は、前掲の “Some Observations” という論文の形式にしたがったのである。

また、この蓋然性の優勢という点に對しては、一九一八年のホームズ判事が Greer v. United States (245 U.S. 559, 561) 事件に於いて “The preponderance of probability is the basis for every genuine presumption.” と述べたこと有名なことである。この點については、拙稿「前掲」三三四頁参照。

(114) Morgan, Some Observation Concerning Presumptions, p.929 et seq.; The Same, Presumptions, p.258; The Same, Basic Problems of Evidence, p.32. etc.

(115) Morgan, Presumptions, p.258; Some Observation Concerning Presumptions, p.929.

(116) Morgan, Some Observation, p.929.

(117) Morgan, op. cit. p.929.

(118) この推定については、例えば Charles T. McCormick, Handbook of the Law of Evidence (1954), p.643; Wigmore, On Evidence, vol. 9, p.359. などな参照をされたい便知である。

(119) Morgan, Some Observations Concerning Presumptions, p.930. 以下を引くは、Travelers Ins. Co. v. McConkey, 127 U.S. 661 (1888); Garbush v. New York Life Ins. Co., 172 Minn. 98, 214 N.W. 795 (1927) の判例を引用する。なお、その他の判例については、前記の Wigmore, McCormick の著書に多くのものが掲げられており、殊に McCormick のものは要を得たりなり理解に便利である。また、Morgan のものや、判例を取扱ったものとして Morgan and Maguire, Cases and Materials on Evidence (1951), p.79, 113. など。

(120) Morgan, Presumptions, p.258~259; The Same, Some Observations Concerning Presumptions, p.930; The Same,

Basic Problems, p.32; Morgan and Maguire, Cases and Materials on Evidence, p. 78~79, etc.

(111) Ex diuturnitate temporis, omnia praesumuntur solemniter esse acta. (From length of time, all things are presumed to have been done in due form.)——英米法辭典‘五五七頁以下’。

(1111) Morgan, Some Observations, p.930; Morgan and Maguire, Cases and Materials on Evidence, p.78~79.

(11111) Morgan, op. cit. p. 930~931; Morgan and Maguire, op. cit. p.79; Morgan, Basic Problems, p.32~33; The Same, Presumptions, p.259.

(111111) Morgan and Maguire, op. cit. p.79; Morgan, Presumptions, p.259.

(1111111) 説得の程度については‘學説’判例は必ずしも一致してゐない。モルガン教授にあつても‘その表現は’從來‘統一されてゐない。しかし’最近の著書においては『民事事件にあつては’證據の優勢で足りる……』(Basic Problems, p.21) となつてゐる。また、このような學説‘判例の態度の不一致が’推定法の混亂の原因ともなつており、それを救うためには‘Model Code of Evidence の嫡出推定の條項の採用以外にはないと主張してゐる(Further Observation, p.245)。

また、モルガン教授は、この嫡出推定については、『この推定は、人間の經驗の觀察された結果および社會政策についての承認され、廣く行われてゐる確信』をその根底としてゐる(Some Observations, p.931.)。

(11111111) Morgan, Some Observations, p.930.

(111111111) Morgan, op. cit. p.931.

(1111111111) Morgan, op. cit. p.931.

三 推定の機能

(一) 推定が、いかなる機能を営むかについて、モルガン教授は、證據提出の義務と説得の義務との關係において

考察すべきだといひ、そのためには、豫備的觀察として、立證責任の意味を明らかにする必要があるとしてゐる。⁽¹⁾

(一) セイヤーによつて説かれて以來、立證責任に二つの意味のあることは、現在のアメリカにおいては通説となつてゐる。⁽¹⁾それは、一八三二年の Powers v. Russell 事件における Shaw 判事、および一八八三年の Abrah. v. N.E. Ry. Co. 事件における Brett 判事によつて指摘され、James Bradley Thayer によつて強調され、理論的に體系づけられて以來のことである。^(四)モルガン教授もまた、この立場をとり、證據提出の責任 (burden of producing evidence) と説得の責任 (burden of persuasion) とにわけて考察する。^(五)

(二) 公判の段階においては、裁判所は、争點事實についての主張を知つてはいるが、その主張の眞實性については、なんらの知識をも有しない。また、獨立せる調査の手段をもたないから、當事者は、その主張と關聯ある事實上の資料を供しなければならぬ。そして、英米法の下にあつては、事實審判者が、證據によつて、主張された事實を眞實なりと認定せざるをえない場合には、その主張は、陪審によつて眞實なりとみなされる。したがつて、公判裁判官は、争われたる主張について、次のように決定しなければならぬ。すなわち、主張の眞實性の認定を正當化するに足る證據の提出なき場合には、敗訴とし、また立證の終結にあたつて、陪審が、その主張が眞實なりや否やを決定しえないときは、敗訴としなければならない。いいかえれば、裁判官は、當事者が、認定をなすにあたつて陪審を正當化するに足る證據を提出しないことによつて生ずる危險を擔い、また認定をなすにあたつて陪審を説得しえざることによつて生ずる危險をも擔わなければならないことを決定しなければならない。前者を證據提出の責任といひ、後者を説得の責任とよぶ。しかしながら、立證責任という言葉は、前述の二つの危險の中の一つ、もしくはその兩者

を指すことも多いのである。だが、その意味は、前後の關係から明らかなのが普通であるが、時には、その危険のうちの前者、もしくは後者、あるいはその兩者を意味するとしても、結果的には同じことであり、さらに、識別の不分さを示しているとも考えられるのである。

モルガン教授は、この立證責任の法則を、『危険 (risk)』という言葉を用いて言いあらわすことは正鵠を得ている^(七)といい、その理由として、それは、必要とする證據が提出され、あるいは説得が完了したとき、その危険が除去され、責任が果されるという事實、および當事者によつて證據が提出されたか、あるいは説得が證據、辯護士の辯論、もしくは裁判官の説示に起因するかは、重要なことではないという事實に求めているからであるとして^(八)いる。そして、責任という用語が用いられるべきだとすれば、アメリカ法律協會のモデル・コードの定義にしたがうべきだとい^(九)う。

當事者が、事實についての證據を提出する責任を負うべきものだとするれば、その必要とする證據の存在せざる場合には、裁判官および陪審は、事實の不存在を假定しなければならぬ。同様に、説得の責任に關しても、陪審が、事實の存在につき説得されない場合には、裁判官も、また陪審も、事實の不存在を假定しなければならぬ。この場合、裁判官も陪審もともに、事實の存在が、その不存在と同じ程度に可能性あることにつき意見を同じくしているとしても、右のごとく解しなければならぬ。

裁判官によるこれら責任の分配は、英米の訴訟制度の下においては避けがたきものであること、およびその分配が、證據としての効果を有しないのは、訴答の責任の分配の場合と同様であることを想起するならば、思想の混亂を避けるであらう。^(一〇)

(四) 教授は、まず、およそ次のごとく自ら問い、自ら答えてゆく。

いかなる目的を以て證據は提出されるのか。指示評決 (directed verdict) ^(一) を無効ならしめるためなのか。陪審の評決に勝利をうるためなのか。あるいは、指示評決をうるためなのか。この證據の提出の義務は、もし、より以上の證據が提出されない場合には、敗訴する當事者に課せられるといわれている。このことが、一般的に認めらるべきだとするならば、それは、陪審員の手に勝敗を委ねることとなる。けだし、裁判において、證據により争點が解明されるならば、多くの場合、決定は陪審のなすところであるからである。もしこの言葉の用い方が正しいものだとするれば、説得の義務が、常に當事者の一方もしくは他方に課せられるという考え方は、誤りだとしなければならぬ。なんとすれば、證據が、陪審員に對して争點を成立せしめる場合においては、當事者は、いずれも、評決についての説示を妨げるために訴訟をする必要はない。また、その言葉が、時には、指示評決を保障する義務を示すために用いられることもある。しかし、それは、推定との關係において、疑問をもちつつ取り残されている。そして、一般的には、説得の義務は、陪審もしくは他の事實審判者を説得する義務として理解されていると述べられる。^(二)

(五) また、教授はいう。裁判所は、それ自身獨立せる審理を行わないから、訴訟當事者に事實を明らかにしめる義務を分配しなければならない。例えば、甲なる事實についての説得の義務を原告に割當るにあたつては、原告が、甲なる事實を明らかにしないならば、甲なる事實の不存在を訴訟追行のために假定することを原告に告げる。この説得の義務を原告に課すべきか、被告に課すべきかを決定するにあつて、裁判所は、實體法上の問題の決定にあつて行われる考慮と、同一の考慮によつて影響づけられる。實體法の領域において、判例が、めこの算を發達せし

めたと同様に、この領域においても、説得の義務を負わしめるための標準が示されてきている。その標準によれば、説得の義務は、次のごとき者に課せられることとなる。すなわち、(イ)争點に關し肯定的な主張をなす當事者、(ロ)當該事件にとつて、その事實が重要な當事者、(ハ)その事實を知るために特別なる手段をもつ當事者、(ニ)答辯する義務をもつ當事者、がそれである。これらの定型が、當然には行われないのは、自明のことかも知れない。また一を適用することは、他を否認することである。普通には、一つが選ばれるが、それは、陳述が容易であるとして用いられるのである。實際上の決定は、何が便宜であり、公正であり、またよき政策であるかについての經驗に基礎をおく裁判上の判斷に基いてなされるのであると。^(一二)

(六) 指示評決を免れんがために證據を提出する義務を分配することがある。その理由は、次のごときものである、と。すなわち、(1)最初から、この義務は、説得の義務を負う當事者が、これを負うのが普通である。(2)それが陪審員に對する説示の中に含まれることが必要である。推定の場合を除き、判例からえられた印象は、手續上の便宜とすることが、最も重要な考慮であるということである。人は、證據提出の義務は、説得の義務と比較して、たいして重要なものではないと暗黙の裡に考へている。實際には、その逆は正しいと言つても差支えないかも知れない。説得の義務の設定は、裁判のただ一つの段階においてのみ重要である。すなわち、立證の終りにおいて、事實審判者の心が、争點に關して均衡を保っている、いいかえれば、いずれとも決し難い場合において重要となるのである。訴訟を準備するにあたつて、法律家は、陪審員が、決心しえない場合には、當事者は訴訟に敗れることを知ることは、あまり必要ではないかも知れない。しかしながら、普通の訴訟手續の下においては、立證の終了する前に、すべての有効

な證據を提出しなければならないと。^(一四)

(七) 推定は、それが不利に作用する當事者に證據提出の義務を負わしめる。そして、それが、推定の唯一の效果である、とする判例の數は實に多い。この考え方は、セイヤーによつて提唱されたものである。^(一五)もし、このことが、指示評決を無効ならしめるに足る證據についてのみ言われているのだとしても、それは推定が、その推定に反する評決を支持する證據の提出によつて消滅することが生ずるに違いない。そして、この考え方を支持する判例がある。モルガン教授は、次の判例をあげてこの考え方を検討している。すなわち、Rhode Island 事件^(一六)において、原告の財産に損害を與えた自動車は、被告の所有であり、その使用人により操縦されたことが承認された。これらの事實から、使用人は、事故の當時その業務の範圍内で行動していたとの推定がなされた。また、使用人は、被告の許可なくして、彼の個人的な目的のために、その自動車を使用していた、と證言したのは被告のみであつた。この事件に對し、裁判所は、およそ次のごとき内容の判決をしている。

『被告が、Riley はその事故の當時、彼の業務の範圍内で行動していなかつたことを證言したとき、陪審員とおなじように公判裁判官は、彼が眞實を語らなかつたと信じた。しかしながら、被告は、實際にそのように證言した。そして、原告は、なんら反對の證據を提出しなかつた。……推定によつて、原告は、被告が、事實不存在の證據を提出するまでは、その問題についての證據を提出することを免ぜられる。そして、その事實は、反對證據が提出されるまで、存在するものと推定される。原告は代理を證明すべき何物をも提出しなかつた。……しかしながら、推定以外には、代理を證明するために頼るべきものをもたず、また代理が否定されたので、われわれは、再審のための被告の申

立を否定することは誤つていたと思う』と。

このような判決が、推定をして、裁判官にのみ有効な裸の手續上の考案たらしめるのである。基礎的事實が、裁判上知られており、あるいは争われざる場合には、裁判官の仕事は容易である。思慮ある陪審員が、推定に反する事實認定をしようと思えば、することが出来た證據が存在しないときには、裁判官は、推定と一致する事實認定をするように陪審員に説示しなければならない。そのような證據が存在する場合には、裁判官は、推定に關し何もいつてはならない。^(一七)

(八) 基礎的事實が、一度立證される場合には、附隨的な推定は、陪審員が信しない證據によつて破られえない。

この點に關して、教授は、判例に則して考察を進める。すなわち、コネチカット州の裁判所は、勞務に關する訴訟において、およそ次のごとく判決したことがある。^(一八) すなわち、一方が、他方に、業務の通常の過程において勞務を遂行

することを求める場合には、前者はその勞務に支拂の意思あることを容認し、また後者は支拂わるべきことを期待しているとの推定が生ずる。しかしながら、その推定は、事實が、默示契約の現實の存在に關し、陪審員に對し爭點を生ぜしめるに足ると證明されるや否や重要性を失うに至るのである。さらに、證據が提出されたというだけでは、十分でないのもちろんである。また、ミシガン州の最高裁判所は、死者の相當なる注意についての推定に關して、およそ次のごとく説いている。^(一九) すなわち、『合理的疑いを容れる餘地ある場合には、問題は陪審に委ねられなければならない。

そして、陪審員は、證據の評価にあたつて、推定を考慮しないかも知れない。しかし、推定によつて影響をうけないとしても、陪審員が、次のごとき結論に達する場合、すなわち、死者の過失を立證するに役だつ證據が信用に値せず、且つ無視さるべきであるならば、死亡が證據により明らかに立證されないすべての點において、適當なる

注意を拂つたという事實を證明するに必要であるかぎり、推定は有効に持續するものと考えられるかも知れない。それは、完全にはおきかえられない。しかし、過失が主張された個々の點についての證據に與えらるべき信用に關するこの豫備的判決に陪審員が到達するまでは、財産についての權利の歸屬者が未確定な状態におかれるのである』と。

右に述べてきたことは、いずれも、次のことを必要としている。すなわち、法律によつて規定された證據の量が陪審により正しいものと認められ、また、その各々は、陪審が、疑わざる證據をのみ要求している。陪審員が、決定しえない場合に生ずることは、あらかじめ解決しえない問題である。しかし、直接に明示されているのではないが、他の承認され、もしくは表現された事柄から一定の事項が推斷されうるような場合は、この限りではない。事情が異なれば、解答も異なつてくるであらう、とされ、さらに、次のような例について考察をすすめる。^(二〇)

争點が甲の生存もしくは死亡に關する場合、甲が、死亡推定の行われる状況の下において、七年以上不在であつたとの證據は、疑の餘地がない。推定が不利に作用する當事者が、乙を出頭させる。彼は、訴訟開始後、自己が遠くはなれた町で、甲が生きているのを見たと言言する。若し、陪審員がこの證言を信用するならば、右の死亡推定は當然覆える。また若し、陪審員が、その證言を信じないならば、推定は存續する。しかしながら、陪審員が、乙の證言の眞實なりや、否や、を決定しえない場合には、陪審員は、争點に關し賛否の態度を決しえない。そして、つぎに、推定が、當該假説に反する主張をする場合には、説得の義務を確定することになる。^(二一)

次に、乙の證言が、推定と直接に矛盾するのではなく、甲が生きているとの推斷を正當化する事實の存在を主張するにすぎないと假定しよう。すなわち、乙は次のように證言する。自分は、遠くはなれた町で、一人の男に會つて話

をした。その男の名は、甲とおなじであり、甲と同一人のように見え、その筆跡も甲ときわめて似ていたが、その男は甲であることを明らかに否定していた、と。ところで、陪審員は、この話を全く信用しないかも知れない。若しそうならば、推定は、影響をうけないであろう。あるいは、陪審員は、乙の話を眞實と受取るかも知れない。若しそうだとすれば、乙の證言中にあらわれる男と甲との同一性について、いかなる推斷をしようとも、推定は消滅する。またあるいは、陪審員は、乙の證言が眞實であるか、否かを決定しえず、また、かりにそれが眞實だとすれば、その時には甲は生存していたと結論づけるかも知れない。若しそうだとするならば、乙が、甲は生存していたと直接證言したのと、全くおなじこととなる。證據により、陪審員の心は均衡を保たれてきた。若し、推定が、なお効力があるとすれば、推定は、説得の義務を決定することとなる。あるいは、陪審員は、乙の證言が眞實であるか、どうかを確定しえないかも知れない。また、たとえそれが眞實であるとしても、陪審員は、甲の生存もしくは死亡に關し、いかなる推斷をも、それから引きだしえないであろう。このように見てくれば、乙の證言は、陪審員に對してはなんの効果もなきものとなり、それがなされなかつたのとおなじ結果となるであろう。したがつて、乙の證言は、それが、陪審員により明らかに信ぜられなかつたのとおなじこととなつてしまふ。いわんや、その證言が、信用するに足るか、どうかを、陪審員が決定しえないならば、おなじ結果が生まれるのは、當然であろう。また、たとえ乙の證言が眞實であつたとしても、乙の述べた者が甲であつたということを、その證言から引き出すことはないだろう、と。

(九) 攻撃的證據 (attacking evidence) のみが、陪審員により信用されることを必要とする法則が採用されるならば、その法則は、證據提出のみを必要とする法則よりも、その適用にあたつては簡單とはいえないであろう。もち

ろん、それは、推定の使用と作用を陪審員に述べる必要がある。しかし、それは、複雑な説示を必要とはしないだろう。若し攻撃的證據が、陪審員によつて信用されなければならないとする法則が採用されるならば、その法則は、適用上きわめて容易であり、理解可能なものであろう。しかしながら、そのような法則には、推定は、説得の義務に對し影響をおよぼさないという考え方が含まれることになるであらう。若しその法則が、陪審員が、攻撃的證據の眞實性に關し決定しえないような事案に對して採用されるべきだとするならば、右に述べた假説は、それぞれ、その中に含まれてしまわなければならないであらう。このことは、説示を證據と關聯せしめるためにきわめて慎重な注意と、また説示を理解させるための考え方と表現について最大の明瞭さとを要求するであらう。この理論についての正確且つ適切な説示を形成しようとする試みにおいて行われている早急さと論争の雰圍氣の中で裁判官に期待することは、理想主義的であることであらう。陪審員が、それを評價し、且つ適用しようと信ずることは、愚かなことといわなければならないであらう。實際には、三つのことを選ぶにすぎない。すなわち、

(1) 命令的説示 (mandatory instruction) を妨げる十分なる證據をのみ要求する規則、

(2) 同量の證據を要求するが、陪審員がそれを信すべきであるとの要求を附加する規則、

(3) 同量の證據を、陪審員が信ずることを必要條件とする規則、

がそれである。そして、第三のものは、推定の唯一の効果は、證據提出の義務を定めることにあるとの斷定の絶對的拋棄を必要とする。第二のものは、その修正を要求している。また第一のものは、それを、そのまま維持している。これら三つの中のどれかが、採用されなければならない。そして、それは、いかなる事情の下においても、個々

の推定を創設せしめる考慮に與えらるべき重要や如何にかんじらるべきもの。(1111)

(1) Morgan, Some Observations Concerning Presumptions, p.910.

(11) I Wigmore, Evidence (1940), § 2493-2498 (general theory); 2499-2550 (burdens and presumptions in specific issues); Jones, Evidence (1938), vol. 1, ch. 2, vol. 2, ch. 4; Model Code of Evidence, Rules 1 (2, 3), 701-704; Uniform Rules of Evidence, Rules 1 (4), 13-16; Morgan, Some Observations Concerning Presumption, 44 Harv. L.R. 906 (1931), Presumptions, 12 Wash. L. Rev. 256 (1937), Techniques in the Use of Presumptions, 24 Iowa L. Rev 413 (1939); Evidence 1941-1945, 59 Harv. L.R. 481, 491, 496 (1946); How to Approach Burden of Proof and Presumptions 25 Rocky Mt. L. Rev. 34 (1952); McCormick, Charges on Presumptions, 5 N.C.L. Rev. 291 (1927), Handbook of the Law of Evidence (1954); Reaugh, Presumptions and the Burden of Proof, 36 Ill. L. Rev. 703, 819 (1942); Laughlin, In Support of the Thayer Theory of Presumptions, 52 Mich. L. Rev. 195 (1933). 證をなすに必すの事實 確たる事 5
 17 18 19 20 21 22 23 24 25 26 27 28 29 30 31 32 33 34 35 36 37 38 39 40 41 42 43 44 45 46 47 48 49 50

(111) 30 Mass. (13 Pick.) 69, 76 (1832).

(四) 11 Q.B.D. 440, 452 (1883).

(1111) Preliminary Treatise on Evidence, ch. 9 (1898).

(11111) Morgan, Basic Problems of Evidence (1954), Vol. I, p.17 et seq.

(111111) Basic Problems of Evidence, vol. 1, p.19.

(1111111) Basic Problems of Evidence, vol. 1, p.19.

(11111111) American Law Institute, Model Code of Evidence, Rule 1. (2) (3).

やうに云ふべき 事 45 46 47 48 49 50

(2) "Burden of producing evidence of a fact" means the burden which is discharged when sufficient evidence

is introduced to support a finding that the fact exists.

(3) "Burden of persuasion of a fact" means the burden which is discharged when the tribunal which is to determine the existence or non-existence of the fact is persuaded by sufficient evidence to find that the fact exists.

(10) Morgan, Basic Problems of Evidence, p.20; Federal Constitutional Limitations upon Presumption Created by State Legislation, in 2 Selected Essays on Constitutional Law 1500 (1938).

(11) 評決に關するわが國の文獻として、早川武夫・アメリカ民事訴訟に關する主張責任と立證責任、法律時報、第二十六卷第五號（昭和十九年）二十六頁以下參照。

(111) Morgan, Some Observations, p.910.

(1111) Morgan, op. cit. p.910~911. The Same, Some Problems of Proof under the Anglo-American System of Litigation (1956), p.74 et seq.

(11111) Morgan, op. cit. p.911.

(111111) Thayer, A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law (1898), p.313~389; 551~576.

(1111111) Meier v. Schwartz, 50 R.L. 68, 145 Atl. 101 (1929).

(11111111) Morgan, Some Observations, p.913.

(111111111) Clark v. Diefendorf, 109 Conn. 507, 511, 147 Atl. 33, 35 (1929).

(1111111111) Gillet v. Michigan United Traction Co., 205 Mich. 410, 421, 171 N.W. 536, 540 (1910).

(11111111111) Morgan, Some Observations, p.914.

(111111111111) Morgan, op. cit. p.915.

(1111111111111) Morgan, op. cit. p.916.

(11111111111111) Morgan, op. cit. p.916.

四　　む　　す　　び

モルガン教授が、推定の法理の混亂せる状態を、かつて『救い難き混亂』とよび、徹底した當事者主義の立場から、この法理に對し、新しき息吹きを與えてきたことは、大きな功績であつた。すなわち、一九三一年に始まる推定法に關する劃期的なる論文に出發し、多くのすぐれた論考を公にしている。これら一聯の著作を通じて、『泥深き水流』と嘆ぜしめた法領域における學說、判例に對し、大きな影響を與えている。もちろん、そこには、多くの批判も生まれている。しかしいづれにもせよ、Model Code of Evidence の出現により、教授の長き期間にわたる研究の成果は、實を結びつゝあるとしなければならぬであらう。

本稿においては、教授の推定法理論の中心點の一つともいふべき、根據と機能とを取扱つたのであるから、これらのみからする一つの結論ともいふべきものを導きだすことは、あるいは義務でもあり、容易なことともいふるかも知れない。しかしながら、推定法理論についての教授の所說の特徴は、もつと廣いものであるので、ここで狭い視野に立つて、いたずらに結論を急ぐことは、必ずしも當を得た態度とも考えられない。すでに述べておいたように、わたくしの計畫としても、今後時を得て、その全貌を明らかにしてゆきたいと考えているので、今少し貌を整えたところで、教授の歸結點と、それに對する批判等をも加味して、わたくしなりの拙い理解に基いて、結論を抽きだしてゆきたいと思う。

(一) なお、モルガン教授の推定法に關する一つの結論のスケッチは、前掲、「モルガンにおける推定の法理」において若干觸れておいた。